



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 03 DE SAN LORENZO DE EL ESCORIAL

C/ Las Pozas, 145 , Planta 1 - 28200

Tfno: 918969520,918969521

Fax: 918901870

42061860

NIG: XXXXXX

Procedimiento: Intervención Judicial desacuerdo ejercicio patria potestad 42/2022

Materia: Derecho de la persona

Demandante: D./Dña. XXXXXX **Demandado:** D./Dña.

XXXXXXXXX LETRADO: D. Marcos Rubio Rubio

PROCURADOR D./Dña. XXXXXX

AUTO NÚMERO 119/2022

EL/LA JUEZ/MAGISTRADO-JUEZ QUE LO DICTA: D./Dña. A.

Lugar: San Lorenzo de El Escorial

Fecha: 07 de abril de 2022.

HECHOS

PRIMERO.- Por don AAAAAAAAAAAAAA se presentó escrito promoviendo expediente de jurisdicción voluntaria contra doña YYYYYYY en solicitud de intervención judicial en relación con el ejercicio de la patria potestad de sus hijos menores de edad YYYYYYY y ZZZZZZZZZZZZZZZZZZZ, solicitando que previos los trámites legales se dicte auto por el que se proceda a acordar la autorización para poner la vacuna contra COVID-19 a sus hijos menores YYYYYYY y ZZZZZZZZZZZZZZZZZZZ, dada la negativa de la madre a prestar su consentimiento.

SEGUNDO.- Por decreto de 24 de enero de 2022, se admitió a trámite dicha solicitud de expediente de jurisdicción voluntaria para resolver las discrepancias entre los progenitores, y se citó a las partes a la celebración de una comparecencia, que tuvo lugar el día 22 de febrero de 2022, a la que asistió la parte promotora, la contraparte y el Ministerio Fiscal.

En el acto de la comparecencia la actora se afirmó en su solicitud y solicitó el recibimiento a prueba, lo que igualmente solicitó el Ministerio Fiscal. La parte demandada se opuso a la pretensión formulada por la demandante.

Recibido a prueba el incidente y practicada la admitida y declarada pertinente, previo informe del Ministerio Fiscal, quedaron los autos conclusos para resolver.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 156 Código civil establece : " *La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.*

Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente.



Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos.

En caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, la autoridad judicial, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio."

El artículo 86 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria establece a su vez " 1. Se aplicarán las disposiciones de esta sección cuando el Juez deba intervenir en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad ejercitada conjuntamente por los progenitores. También serán de aplicación en los casos en que esté legalmente prevista la autorización o intervención judicial cuando el titular de la patria potestad fuere un menor de edad no emancipado y hubiere desacuerdo o imposibilidad de sus progenitores o tutor.

2. Será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del hijo. No obstante, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores hubiera sido establecido por resolución judicial, será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que la hubiera dictado.

3. Están legitimados para promover este expediente ambos progenitores, individual o conjuntamente. Si el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado, también estarán legitimados sus progenitores y, a falta de éstos, su tutor."

La doctrina civilista mayoritaria distingue, con base en lo preceptuado en los párrafos 1º y 3º del art. 156 CC, entre actos de ejercicio ordinario de la patria potestad, que puede realizar válidamente uno solo de los progenitores (el que ejerce la guarda y custodia de hecho o en virtud de resolución judicial) sin necesidad de recabar el consentimiento del otro, y actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad, que precisan el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, resolución judicial, entendiendo por tales actos extraordinarios los referidos a las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida de un menor y no pueden calificarse como ordinarias o habituales en el seno de la familia por resultar excepcionales conforme a los usos sociales .

Entre los actos de ejercicio ordinario que correspondería decidir al progenitor que se encuentre conviviendo en casa momento con el menor, sin consentimiento del otro progenitor " los que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad", como serían los actos que conforman el contenido ordinario y habitual de ejercicio de la potestad parental, aquellas decisiones de menor

rango que han de adoptarse en el curso de la vida cotidiana y en la esfera que puede considerarse normal u ordinaria en la educación y desarrollo del menor, como podrán ser autorizar al menor a excursiones o salidas, servicio de comedor, clase de ropa o calzado, actividades de ocio que no comporte riesgo .

Entre los actos de ejercicio extraordinario que corresponden a ambos progenitores estarían los de la elección del lugar de residencia del menor y la de traslado de domicilio del mismo, la elección del colegio o institución de enseñanza en que el menor ha de cursar sus estudios o su posible cambio a otro distinto; la determinación de si el centro docente ha de ser público o privado, religioso o laico, situado en España o en el extranjero; en régimen ordinario o de internado, las decisiones relativas a la salud física o psíquica del menor, como el sometimiento o no del mismo a terapias o tratamientos médicos preventivos, paliativos o curativos agresivos (como la fisioterapia, la quimioterapia, rehabilitación, etc.) o alternativos (como la homeopatía); la aplicación al menor de tratamientos psiquiátricos o terapias psicológicas, o la práctica de una intervención quirúrgica, curativa o estética, etc. como señala el Auto de la AP Barcelona sección 18 del 27 de junio de 2017.

Por su parte el Auto de la A.P Barcelona sección 12 del 26 de noviembre de 2018 indica en cuanto al alcance y objeto de este proceso y los principios informadores del mismo:

"Se debe remarcar, antes de pasar a otras consideraciones, que la acción de controversias en el ejercicio de la potestad parental conjunta deriva del derecho/deber inexcusable de cuidar, velar y decidir lo más beneficioso para los hijos menores, en cada momento, que atañe en régimen de igualdad a ambos progenitores y que es exigible también a ambos por igual. La práctica forense pone de manifiesto que los desencuentros entre los progenitores que se presentan ante los tribunales en solicitud de decisión dirimente, únicamente se dan en situaciones de vida separada de los mismos y con el trasfondo de procesos de divorcios conflictivos, bien porque se haya gestionado de forma deficiente el proceso de ruptura generando posiciones de enfrentamiento patológico, o porque se catalice el ánimo de confrontación en los únicos intereses comunes que inexorablemente se han de mantener tras el divorcio (y durante toda la vida) que son los hijos, al menos mientras éstos no alcanzan un grado de madurez que les permita tener criterio propio.

Se ha de recordar a los padres que, en la experiencia práctica de este tipo de litigios, tras alcanzar la madurez es frecuente que los hijos pidan a las padres responsabilidades por los perjuicios que les causaron por la incapacidad de ponerse de acuerdo en cuestiones tan esenciales para ellos como las relativas a la salud. Se debe destacar también que el orden legal, en su actuación por medio de los tribunales de justicia, carece de la capacidad de erigirse en ente sustitutivo de las responsabilidades paternas y maternas filiales en muchos ámbitos.

La judicialización de estos conflictos es, cuanto menos, inapropiada. En materias esencialmente de naturaleza ética, son los progenitores los que deben consensuar en todo caso lo que es más conveniente para los hijos en cuestiones como la educación, la formación y los valores culturales que desean transmitir -en lo ningún juez puede sustituirles- ni tampoco en materia religiosa o en la apreciación de la mayor o menor conveniencia de que fijen su residencia en uno u otro lugar, sigan un curso de idiomas en el extranjero o vayan a pasar sus vacaciones a unas colonias o a otras. "

En relación a la vacunación en general de menores de edad destaca a su vez el Auto de la A.P Barcelona sección 22º de fecha 17 de octubre de 2018 que señala :

"En el caso de autos la discrepancia se centra en la administración de la vacuna del VPH a la hija común de los litigantes, Emilia. El padre solicita se autorice la



administración de la vacuna oponiéndose la madre por haber surgido varios casos de niñas que han sufrido efectos secundarios adversos ..

Se centra la recurrente en que el auto infringe el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la libertad y el derecho a la intimidad personal, derechos estos recogidos en los artículos 15 , 17.1 y 18.1 de la Constitución Española . Señala también que la vacunación en España es voluntaria y por tanto nadie puede ser obligado en principio a vacunarse. Frente a estas alegaciones debe señalarse que la administración de la vacuna no puede considerarse un ataque a la integridad física o moral de la menor. Se trata de un leve pinchazo, incluso algunas vacunas se administran por vía oral, que ningún ataque o lesión puede suponer. Al contrario, su administración puede evitar que la menor padezca en el futuro una enfermedad gravemente lesiva como es el cáncer de cuello uterino. ... No puede anteponerse la incomodidad de que se le administre a la menor una vacuna a la protección que esta vacuna supone. Y no ya solo por la prevención personal en la menor sino hacia toda la comunidad, puesto que la administración de la vacuna y la evitación de la infección minora el contagio hacia terceras personas. Se trata además de una vacunación avalada por la Organización Mundial de la Salud, y... ha sido introducida en el calendario de vacunaciones del Sistema Nacional de Salud de la mayor parte de las Comunidades Autónomas. El hecho de que puedan haberse producido ciertos efectos secundarios, no acreditados como derivados de la administración de la vacuna, no ha llevado a modificar las recomendaciones de estos organismos. Valorando por tanto que la administración de la vacuna no supone ataque alguno a la integridad física de la menor y siendo mucho mayores los beneficios derivados de ella, no solo para la menor sino también para la sociedad al evitar futuros casos de contagios, que la leve incomodidad que suponga la administración de la misma, y considerándose en el informe emitido por el médico forense que si bien la administración de la vacuna no debe considerarse imprescindible pero si recomendable, procede mantener el tenor el auto recurrido y por tanto atribuir a D. Andrés la facultad de decisión respecto a la administración de la vacuna del VPH a la hija común de los litigantes Emilia."

SEGUNDO.- En el presente caso se interesa por el promotor del expediente, como ya se ha indicado, que se le conceda autorización judicial para inocular la vacuna contra la COVID-19 a sus dos hijos menores de edad YYYYYY y ZZZZZZZZZZZZZZZZZZZ, pretensión a la que se opone la contraparte.

En relación a esta cuestión cabe citar el auto 67/2022, de 24 de enero de 2022, del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Santiago de Compostela dictado en un supuesto similar al presente, en el que se indica "PRIMERO.- VACUNAS : AMBITO NORMATIVO

I.- Las vacunas tienen la consideración de medicamentos especiales según la Ley del medicamento, (Texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios) que en su artículo 45 regula las garantías sanitarias concretas de las vacunas y demás medicamentos biológicos:

Quedan sometidas a la regulación contenida en la propia ley y las que se determinan reglamentariamente (Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente). Se exceptúan las preparaciones individualizadas de vacunas y alérgenos para un solo paciente.

Por interés de la salud pública, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (en adelante AEMPS) podrá someter a autorización previa cada lote y condicionar la comercialización a su conformidad.



II.- En general para cualquier tipo de vacuna y hasta la fecha se considera que la vacunación es voluntaria, aunque hay marco legal básico para establecer una vacunación forzosa y en particular en caso de epidemias en base a los artículos 4 y 12 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio: " El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo 116.2 de la Constitución, podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad: b) "crisis sanitarias, tales como las epidemias.... La autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas".

Si bien la Ley 33/2011, 4 de octubre, General de Salud Pública parte de un principio general de voluntariedad en las actuaciones de salud pública, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública establece matizaciones al respecto : Art. 2 : "Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad". Art. 3 : "Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible".

A su vez la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones establece en su artículo 9.2 :

"Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas".

Es decir que el principio general de autonomía de la voluntad solo admite limitación en circunstancias excepcionales y entre estas se halla el supuesto de riesgo para la salud pública.

En definitiva la regla general es la no obligatoriedad de la vacunación y solo excepcionalmente la Ley Orgánica 3/1986 permitiría amparar una vacunación obligatoria en casos de epidemias y crisis sanitarias y riesgo efectivo para la salud pública mientras que en los supuestos en que el riesgo es exclusivamente individual, solo cabría una vacunación obligatoria en el caso previsto en el art. 9.2 b) Ley 41/2002 antes citada : "Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él, sin que resulte de aplicación a estos supuestos de riesgo individual la Ley Orgánica 3/1986".

La jurisprudencia ofrece casos excepcionales en que se pondera la obligatoriedad de una vacuna en particular en relación a la educación y escolarización de menores de edad (Sentencia del T.S.J. de lo Contencioso Administrativo de Andalucía de fecha 28-3- 2000 y la propia Sentencia del T.S.J. de lo Contencioso Administrativo de La Rioja de fecha 2-4- 2002 o la más reciente la Sentencia de fecha 22-7- 2013 de la Sección 1º



del T.S.J de Justicia de Andalucía : "... la convivencia en un Estado social y democrático de Derecho supone, no sólo el respeto de los derechos fundamentales a título individual, sino también que su ejercicio no menoscabe el derecho del resto de la sociedad que se rige por unas pautas de conducta que persiguen el interés general. Así pues, no estamos aquí ante una vulneración del derecho a la educación, de lo que es buena prueba la admisión de la menor en la escuela, sino ante el incumplimiento de unas obligaciones que tienen como finalidad la prevención de enfermedades, y que se traducen en la práctica en la exigencia de acreditar las vacunaciones sistemáticas que le corresponden por su edad, que responden a la idea de obtener una inmunidad del grupo que, además de proteger del contagio a los individuos no vacunados por contraindicaciones individuales, permite la eliminación de la enfermedad en un área geográfica determinada, e incluso a nivel mundial "

III.- En cualquier caso en el supuesto de la vacunación con motivo de la pandemia Covid -19 nos hallamos ante una VACUNA VOLUNTARIA y así lo recuerda la Estrategia de Vacunación frente a la COVID.19 emitida por el Grupo de Trabajo técnico de Vacunación de la ponencia de Programas y Registro de Vacunaciones del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud .

SEGUNDO.- CONSENTIMIENTO MEDICO INFORMADO POR SUSTITUCION: AMBITO NORMATIVO

I- En el ámbito de la normativa a nivel estatal debe citar el artículo 9 de la Ley estatal de consentimiento informado 41/2002 de 14 de noviembre

"3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

7. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal.

El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento."

II.- En la normativa específica de la Comunidad Autónoma de Galicia cabe citar artículo 6 de la Ley 3/2001 de consentimiento informado de Galicia que establece:

"1. Son situaciones de otorgamiento del consentimiento por sustitución las siguientes:



c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, en este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por sustitución. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.d) En caso de que la decisión del representante legal sea contraria a los intereses del menor o incapacitado, habrán de ponerse los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil.

3. La representación del consentimiento por sustitución será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que es preciso atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo de su proceso sanitario."

III.- En ausencia de documentación de la denominada voluntad anticipada del paciente ,es decir en defecto de Instrucciones Previas o en caso de insuficiencia de las mismas (caso evidente en el supuesto de menores de edad) y sobre los problemas prácticos éticos y legales que plantea el consentimiento por sustitución cabe recordar varios aspectos relevantes en la doctrina científica como señala entre otros el magistral trabajo titulado Problemas Del Consentimiento Informado Por Sustitución de Jacobo Dopico Gomez-Aller Profesor de Derecho penal de la Universidad Carlos III publicado en Cuadernos de la fundación Vico Grifols i Lucas :

1º.- Frente a un enfoque consecuencial o a uno formal debe optarse por un enfoque "funcional" de la capacidad/competencia para prestar el consentimiento informado respecto a intervenciones médicas , debiendo por ello valorarse la capacidad intelectual y emocional "específica" para adoptar la concreta decisión médica en cada momento ("capacidad natural")

2º.- El legislador en el artículo 9.3 citado opta por una definición en negativo , precisando quienes carecen de tal capacidad y cuyo consentimiento informado debe ser sustituido si bien tales definiciones por su carácter indeterminado debe ser interpretadas y así la mera constatación de concurrencia de previa sentencia de modificación judicial de la capacidad de obrar del paciente puede no determinar la concreta falta de capacidad para prestar consentimiento informado valido a un concreto acto medico .

3º.- En defecto de tales Instrucciones Previas y sobre los criterios en base a los cuales debe decidir el representante o sustituto del paciente se enuncian en la doctrina varios posibles a saber :

A- Las valoraciones subjetivas del sustituto, es decir del llamado a prestar el consentimiento por sustitución .

Aunque tal criterio puede ser decisivo en otros ámbitos (como la decisión de progenitores sobre la educación religiosa sus hijos menores de edad) se rechaza de manera general en el ámbito médico por el riesgo que implicaría de imposición por terceros de sus criterios particulares en semejante materia ,cuando los mismos divergen de la opción medica indicada o inclusive de la voluntad del paciente , dado que el sustituto no es el titular de los derechos sobre los que se decide (vida y salud) .

B- La ponderación de la decisión que el paciente habría adoptado diferenciando el denominado testimonio de voluntad anticipada (el sustituto o representante atestigua la voluntad anticipada del paciente) y la denominada voluntad hipotética del paciente (



el sustituto intenta reconstruir cual era la voluntad del paciente con base a sus valores ,religión, opinión en supuestos similares).

Esta opción - más respetuosa con la voluntad del paciente - ofrece sin embargo serios riesgos en ausencia de instrucciones previas documentadas precisamente por las dificultades de prueba de la fiabilidad y reiteración de las manifestaciones previas del paciente que puedan ser adverbadas testificalmente, por la misma posibilidad de cambio de criterio sobrevenido del paciente que pueda escapar a la corroboración testifical o inclusive por la eventual concurrencia actual de conflictos de intereses entre paciente y sustituto (por ejemplo el derivado de la condición hereditaria del sustituto) etc.

C- El denominado mejor interés del paciente a partir de consideraciones objetivables : La ponderación prioritaria del mayor bienestar y la salud y vida del paciente .

Se trata de un criterio objetivo que ,en ausencia de manifestación de voluntad específica documentada del paciente y de una fiable reconstrucción de su voluntad hipotética , opta porque la decisión a adoptar debe ser la más respetuosa con el mayor beneficio para la salud la vida y el bienestar según criterios objetivados médico y socialmente consensuados .Se trata del criterio más objetivable y por eso menos controvertido porque busca el mayor beneficio para el paciente según tales parámetros atendiendo a los criterios de la "lex artis" y que la doctrina estima consolidado en el citado artículo 9.3 de la ley al señalar este " el consentimiento por sustitución se otorgue siempre en favor del paciente .

Según este criterio mientras un paciente puede adoptar decisiones contrarias a la indicación médica que afecta al mismo (artículo 21 de la Ley) el sustituto o representante legal no tiene semejante margen de decisión

Una vez acreditada y objetivada cual sea la opción más respetuosa con el mayor beneficio para la salud la vida y el bienestar del paciente -en cada caso concreto y respecto a una específica decisión médica- el denominado superior interés del paciente menor o carente de capacidad para prestar consentimiento vincula a su sustituto o representante legal y por ello , de considerarse su opción contraria a tal interés superior, procede someter la decisión al criterio judicial .

Pues bien la ponderación prioritaria del mayor bienestar y la salud y vida del paciente parece atenderse por el legislador estatal al establecer en el artículo 9.3 de la citada Ley que "...la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente , si bien el mismo es modulado por el apartado 7º "La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal".

Partiendo de lo anterior, en el presente caso, dado el carácter técnico de la cuestión planteada habrá de acudir especialmente al informe emitido por la médico forense el cual debe tener un peso más que considerable pues el Instituto de Medicina Legal es un organismo dependiente del Estado que realiza sus funciones bajo los principios de imparcialidad y objetividad.

En este sentido, por la médico forense adscrita a este Juzgado se emitió informe de fecha 21 de febrero de 2022 sobre la necesidad de vacunar contra el Covid 19 a los menores YYYYYY y ZZZZZZZZZZZZZZZZZ en el que manifiesta:

"Que en el momento actual, las vacunas contra el Covid-19 en España son de momento voluntarias y tienen la consideración de medicamentos especiales según la Ley del medicamento (texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios) y quedan sometidas a la regulación contenida en el Real Decreto 1345/2007, de 11 de Octubre EDL 2007/184162).



- Que las vacunas en comercio contra la Covid-19 son experimentales y se encuentran en fase IV (fase de notificación, recogida y evaluación de los efectos adversos).

- Que los efectos adversos de las vacunas para Covid-19 en son aun incompletos (faltan los efectos a largo plazo), pero por ahora (último informe con fecha 19/1/22) se han notificado en España alrededor de 11.000 casos adversos graves y 375 muertes sobre un total de 40.683.950 vacunados, entendiéndose por caso adverso grave:

“Cualquier acontecimiento adverso que requiera o prolongue la hospitalización, que dé lugar a una discapacidad significativa o persistente o a una malformación congénita que ponga en peligro la vida del paciente o que resulte mortal, así como cualquier otra patología que se considere clínicamente significativa”.

- Que la incidencia de los casos adversos graves ha sido por tanto alrededor de 0.025% del total de la población vacunada y se enumeran algunos de ellos:

- o Pericarditis con incremento de troponinas y alteraciones del ECG que han requerido hospitalización.

- o Sd. de Guillan Barré.

- o Mielitis transversa

- o Vaccinated –Associated Enhanced Disease (VAED)y Vaccinated–Associated Enhanced Respiratory Disease (VAERD).

- o Trombosis de los senos cavernosos.

- o Sd. de coagulación diseminada.

- Que la población vacunada de edades entre 5 y 12 años presenta una reducción de los efectos secundarios graves por las vacunas de Covid -19 reducida en alrededor de un 30%, por lo que se traduce en una incidencia de efectos secundarios graves en la población infantil vacunada del 0.093%.

- Que la administración de una vacuna debe ir precedida de una ponderación de riesgos/beneficios y ha quedado acreditado que los menores de edad apenas sufren las consecuencias del Covid, atendiendo a la baja mortalidad (0,00023861) y la baja hospitalización con pronóstico grave (0,0002484%) de los menores de 19 años, de forma que el posible beneficio que obtendrían los menores es muy escaso. En cuanto al riesgo, habiéndose constatado efectos adversos de gravedad a corto y medio plazo, siendo totalmente desconocidos los que se pudieran dar a largo plazo, entendemos que los posibles efectos adversos en los menores pueden ser superiores a las complicaciones que pudieran darse en caso de contagio del Covid-19 sin previa inmunización.

- Que por lo que concierne la reducción en los contagios a la población vulnerable, los datos epidemiológicos actuales confirman que la vacuna no ha influido significativamente en la vehiculación del virus, es más los contagios notificados desde que comenzó la campaña de vacunación se han incrementado respecto a los contagios en época pre- vacunación, no obstante mas del 80% de la población española resulte inmunizada.

Esto significa que una inmunización completa no excluye la capacidad de contagio, ni de transmisión del virus a personas con patologías o de edad avanzada, por lo que el debate entre el interés del bien común por encima del interés individual ya no es discutible”.

En atención a lo anteriormente informado, la médico forense concluye que “tras los conceptos anteriormente expuestos, se deduce que la vacuna no evita la transmisión de la infección sino la gravedad de sus efectos y, en niños, el riesgo de desarrollar complicaciones graves por contraer la enfermedad es muy baja. Se podría recomendar la vacunación en niños que formen parte de los grupos de riesgo (trasplantados,



inmunodeprimidos, etc.) pero en niños sanos la relación riesgo /beneficio no está clara”.

En definitiva, la única perspectiva a ponderar en el caso es la individual de los menores, es decir, la identificación de la mayor protección y del mejor beneficio de la salud de los mismos debiendo quedar en muy segundo plano otras consideraciones de Salud Pública dada la naturaleza voluntaria de la citada vacuna, como los argumentos atinentes a la protección subsidiaria o accesorio al resto de la población o la aminoración del riesgo hacia terceras personas, entre otros, y en el caso de autos atendidas las conclusiones del informe médico forense en el caso de niños sanos, como debe presumirse ocurre en el presente caso ante la ausencia de prueba en sentido contrario, la relación riesgo/beneficio no está clara, por lo que procede atribuir la facultad de decisión en cuanto a la inoculación de la vacuna contra el Covid-19 a doña YYYYYYY si bien por un período de un año ante la posibilidad de que los aspectos informados por la médico forense, atendido el estado actual de las vacunas y de la enfermedad puedan variar en un futuro.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

Se atribuye a la madre doña YYYYYYYYYYYYYYYY la facultad de decidir sobre la inoculación de la vacuna contra el Covid-19 respecto de sus dos hijos menores de edad, YYYYYYY y YYYYYYYYYYYYYYYY, facultad que se confiere por un período de un año a contar desde el dictado de la presente resolución.

Todo ello sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de Madrid.

Así Lo pronuncia, acuerda y firma, doña A, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número TRES de SAN LORENZO DE EL ESCORIAL y de su partido judicial.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.

